Department of Justice Canada — Ministère de la Justice Canada

CCM#: 2016-007393
Protected B
For Approval
Action by/Deadline: 2016/04/12

s.21(1)(a)
s.21(1)(b)

MEMORANDUM TO THE DEPUTY MINISTER

Statement of Potential Charter Impacts for the gender identity bill
(FOR APPROVAL)

SUMMARY

- This note seeks your approval of the content of the Statement of Potential Charter Impacts for the gender identity bill, [redacted]
- A French and English version of the Statement are attached as Annex A.

DO YOU APPROVE?

BACKGROUND

The Statement (see Annex A) has been drafted pursuant to the pilot project to identify and publish the potential *Charter* impacts of Justice bills, which is intended to foster a more open and informed debate in Parliament and amongst the public.

It is the second Statement, the first having been a part of the explanatory paper for the medical assistance in dying bill. It is similar in style to the first, although differs significantly in approach in that it is not situated within a broader document intended to more fully explain and justify the policy choices made in the development of that bill. The approach used for the medical assistance in dying bill is considered to be exceptional, and appropriate in support of a bill that responds to a Supreme Court of Canada decision and deals with a very complex and challenging change in the criminal law, not to mention society more generally. The gender identity bill – although significant in its own right – calls for a more limited Statement.

There is as yet no confirmed date for the introduction of the gender identity bill.

KEY CONSIDERATIONS / OPTIONS


[redacted]

s.21(1)(a)
s.21(1)(b)

Protected B


[redacted]

RESOURCE IMPLICATIONS

N/A

COMMUNICATION IMPLICATIONS

The Statement would be posted on the Department's website once it has been tabled in the House of Commons.

RECOMMENDATION

[redacted]

Attachment(s)

Annex A – Statement of Potential *Charter* Impacts [redacted]

Prepared by:
Ray MacCallum, Senior Counsel, HRLS (613-941-9173)
Date: April 7, 2016

Reviewed by:
Nancy Othmer, Director General and Senior General Counsel, HRLS (613-960-3420)
Date:



Approved by:
Laurie Wright, Assistant Deputy Minister, PLLSS (613-941-7890)
Date: April 11, 2016

CCM#: 2016-007393

s.21(1)(a)

s.21(1)(b)

STATEMENT OF POTENTIAL *CHARTER* IMPACTS

BILL C-__

[redacted] The following non-exhaustive list of potential impacts on the rights and freedoms guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is presented to assist in informing public and Parliamentary debate:

1. Freedom of expression: s. 2(b) of the *Charter*

Clause 3, which would amend the definition of "identifiable group" in s. 318(4) of the *Criminal Code* to include "gender identity or expression" for the purposes of the hate propaganda offences, limits s. 2(b) of the *Charter*, which protects freedom of expression. The proposed amendment would expand the scope of expression that would be criminalized by the *Code*'s hate propaganda offences, to include expressions of hatred toward an "identifiable group" on the basis of the group's gender identity or expression. Hate speech is protected by s. 2(b) of the *Charter*, meaning that any limitation of it through criminal prohibition must be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, as required by s. 1 of the *Charter*. Although the courts have held that freedom of expression includes the freedom to express hatred, even against vulnerable groups, such expression "falls far from the core values underlying s. 2(b)" and "does little to promote, and can in fact impede, the values underlying freedom of expression". [redacted]

[redacted] The Supreme Court of Canada has upheld the prohibition against wilful promotion of hatred as a justifiable limitation of freedom of expression, in *R. v. Keegstra*. It is the Government's position that the addition of "gender identity or expression" to the grounds on which hate propaganda is prohibited, would be a justifiable limitation of s. 2(b). Transgender and gender-[redacted]ersons are vulnerable to discrimination, harassment and violence, and deserve society's protection against expression that is particularly extreme and harmful. The limitation would be justified considering the narrow breadth of the expression that would be criminalized, the distance of such expression from the core values for which freedom of expression is constitutionally-guaranteed, and the vulnerability of the persons who would be protected by the amendment.

2. The right to liberty: s. 7 of the *Charter*

Clause 3 could also impact s. 7 of the *Charter*, which protects against deprivations of life, liberty or security of the person that do not accord with the principles of fundamental justice. Individuals found guilty of hate propaganda offences could be punished with up to five years of imprisonment. A criminal prohibition that can be punished with a sentence of imprisonment deprives individuals of their right to liberty and so must respect the principles of fundamental justice.

It is a principle of fundamental justice that offence-creating provisions not be vague. This means that Parliament must use language sufficiently clear both to limit enforcement discretion on the part of police and prosecutors, and to provide fair notice to individuals as to what actions contravene the law. There may be questions whether the term "gender identity or expression" is unconstitutionally vague. The minimum standard that Parliament must satisfy to avoid unconstitutionally vague criminal prohibitions is a low one. The term "gender identity or expression" interpreted in the context of the hate propaganda prohibitions, provides sufficient guidance for legal debate and is not unconstitutionally vague. This is further supported by the increasing use of these terms in provincial human rights codes.

[redacted]

PROJET DE LOI C-__

[redacted]

1. Liberté d'expression : al. 2b) de la *Charte*

L'article 3, qui modifierait la définition de « groupe identifiable » figurant au par. 318(4) du *Code criminel* pour inclure « l'identité ou l'expression de genre » pour les infractions relatives à la propagande haineuse, limite l'al. 2b) de la *Charte*, qui protège la liberté d'expression. La modification proposée élargirait l'étendue de l'expression qui pourrait être criminalisée par les infractions relatives à la propagande haineuse du *Code* pour inclure les expressions de haine envers un « groupe identifiable » en raison de son identité ou expression de genre. Le propos haineux est protégé par l'al. 2b) de la *Charte*, en ce sens que toute restriction d'un tel propos au moyen d'une interdiction criminelle doit être raisonnable et doit avoir une justification qui puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, comme l'exige l'art. 1 de la *Charte*. Bien que les tribunaux aient statué que la liberté d'expression inclut la liberté d'exprimer la haine, même contre des groupes vulnérables, une telle expression « s'écarte beaucoup des valeurs centrales de l'al. 2b) » et « contribue peu à promouvoir les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression », ce qui rend les restrictions au propos haineux plus faciles à justifier.

Justification [redacted] Dans *R. c. Keegstra*, la Cour suprême du Canada a confirmé que l'interdiction de fomenter volontairement la haine constituait une restriction justifiable de la liberté d'expression. Le gouvernement estime que l'ajout de « l'identité ou l'expression de genre » aux motifs pour lesquels la propagande haineuse est interdite constituerait une restriction justifiable de l'al. 2b). Les personnes transgenres ou à genre variable sont vulnérables à la discrimination, au harcèlement et à la violence, et méritent la protection de la société contre une expression qui est particulièrement extrême et préjudiciable. La restriction serait justifiée eu égard à l'étroite étendue de l'expression qui serait criminalisée, à la distance entre une telle expression et les valeurs fondamentales pour lesquelles la liberté d'expression est garantie par la Constitution, et à la vulnérabilité des personnes qui seraient protégées par la modification.

2. Le droit à la liberté : art. 7 de la *Charte*

L'article 3 pourrait aussi avoir une incidence sur l'art. 7 de la *Charte*, qui confère une protection contre les atteintes à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne qui ne sont pas en conformité avec les principes de justice fondamentale. Les individus reconnus coupables d'infractions relatives à la propagande haineuse pourraient être

passibles d'un emprisonnement maximal de cinq ans. Une interdiction criminelle qui est passible d'une peine d'emprisonnement prive les individus concernés de leur droit à la liberté et doit donc respecter les principes de justice fondamentale.

Or, selon un principe de justice fondamentale, les dispositions qui créent des infractions ne doivent pas être imprécises. Le législateur doit donc utiliser un libellé suffisamment clair pour limiter le pouvoir discrétionnaire des policiers ou des procureurs dans l'application de la loi, mais aussi pour fournir un avis raisonnable aux individus en ce qui concerne les actions qui contreviennent à la loi. On peut se demander si le terme « identité ou expression du genre » est d'une imprécision inconstitutionnelle. La norme minimale à laquelle le législateur doit satisfaire est peu élevée à cet égard. Le terme « identité ou expression de genre », interprété dans le contexte des interdictions en matière de propagande haineuse, fournit des indications suffisantes pour orienter le débat juridique et n'est pas d'une imprécision inconstitutionnelle, comme tend à le confirmer également son emploi croissant dans les codes provinciaux des droits de la personne.